

VU Research Portal

Het ZIFO congres van 23 mei 2013: De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector

Barrachdi, F.

published in

Tijdschrift voor Financieel Recht
2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Barrachdi, F. (2013). Het ZIFO congres van 23 mei 2013: De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector. *Tijdschrift voor Financieel Recht*, (7/8), 251-256.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het ZIFO congres van 23 mei 2013: De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector

mr. F. Barrachdi*

1. Inleiding

Op 23 mei 2013 vond op de Vrije Universiteit (VU) te Amsterdam het jaarcongres van het Zuidas Instituut voor Financieel en Ondernemingsrecht (ZIFO) plaats. Het derde jaarcongres vindt plaats in een periode van een aanhoudende financiële crisis die ertoe noopt dat de financiële sector zichzelf steeds opnieuw moet blijven uitvinden. Evenals de sector zelf zien ook toezichthouders hun rol en positie constant veranderen. Congresvoorzitter prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers wijst erop dat zowel externe toezichthouders, DNB/AFM in eerste instantie, als interne toezichthouders, de raad van commissarissen en accountants, zich bevinden in een spagaat van enerzijds strenger en meer toezicht en anderzijds effectiever toezicht. De roep om meer en strenger toezicht verplicht toezichthouders na te denken over onderwerpen zoals kosten voor toezicht, toezicht op toezicht, en *moral hazard* risico's. Een centrale doelstelling van het financieel toezichtrecht is dan ook om toezicht zo vorm te geven dat het beter risico's in kaart brengt en verstandiger met deze risico's omgaat.

Een zestal sprekers uit de wetenschap en praktijk hebben tijdens het jaarcongres hun visie inzake de veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector kenbaar gemaakt. Hierna zullen de belangrijkste onderwerpen uit de voordrachten van de verschillende sprekers tijdens het jaarcongres worden besproken. Later dit jaar zullen de bijdragen van de diverse sprekers in uitvoerige vorm verschijnen in een ZIFO-congresbundel.

2. De focus op gedrag en cultuur in de financiële sector

De eerste spreker prof. dr. R.G.C. van den Brink¹ heeft met ruim dertig jaar praktijkervaring in het midden gestaan van het proces van cultuurvorming binnen omvangrijke financiële instellingen in Nederland. Sinds zijn indiensttreding bij de ABN in 1975 heeft Van den Brink zich verdiept in het verschijnsel cultuur binnen met name (systeem)banken en deed daarbij de volgende observatie. Cultuur komt niet eenvoudigweg tot stand door fusies of acquisities, maar wordt vooral bepaald door de samenstelling van mensen die de top van de instellingen vormen. Zo trad de ABN in de voetsporen van de voormalige Nederlandse Handelsmaatschappij (NHM) die bekend stond als behoudend, evenwichtig en ondernemend.² Binnen de traditie van de NHM, en later ook de ABN, bestond er geen echte commercie en trad de bank

voornamelijk op als belangenbehartiger van de cliënt. Dit is grotendeels zo gebleven en veranderde pas enigermate bij de fusie van de ABN met de Amro Bank.³ Aanvankelijk leek zich een sterke nieuwe cultuur te ontwikkelen bij fusie-onderneming ABN AMRO met daarin de assertieve kanten van de Amro Bank gecombineerd met de meer conservatieve traditie van de ABN. De ontwikkeling van deze nieuwe cultuur kantelde in de tweede helft van de jaren negentig door de ambitie van de ABN AMRO om een *universal bank* te worden.⁴ Dit proces intensiveerde in 2000 en resulteerde uiteindelijk in een onnatuurlijke draai in de achterliggende cultuur van de bank. Het fenomeen *universal banks* constitueerde een soort revolutionair proces, binnen grote bankconglomeraten, waarin de bankstrategie en bankcultuur niet meer op elkaar aansloten.⁵ Een strategie die de cultuur beïnvloedt beschouwt Van den Brink niet als zodanig problematisch, maar hij wijst er wel op dat deze invloed impliciet en geleidelijk moet zijn. De expliciete strategieën van *universal banks* volgden elkaar in hoog tempo op en stelden de

* Faysal Barrachdi is als docent/onderzoeker verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit van Amsterdam.

1. Emeritus hoogleraar *Financial Institutions* UvA, voormalig bestuurslid ABN AMRO, commissaris en toezichthouder van diverse instellingen.
2. In 1964 fuseerde de N.V. Nederlandse Handelsmaatschappij met de Twentsche Bank N.V. tot Algemene Bank Nederland N.V. (ABN). Zie <http://www.abnamro.com/nl/about-abn-amro/history/index.html>.
3. In 1991 fuseerde de ABN N.V. met de Amsterdam-Rotterdam Bank (Amro) tot ABN AMRO Bank N.V.. Een belangrijke reden voor de fusie was internationale versterking en expansie. Zie <http://www.abnamro.com/nl/about-abn-amro/history/abn-amro.html>.
4. Een *universal bank* combineert de bankactiviteiten van commerciële banken (sparen, leningen, rekening-courant) met die van zakelijke banken (*underwriting*, effectenhandel, fondsmanagement, fusies & overname advisering). Zie M. Lescure, 'Banking and Finance', in: *The Oxford Handbook of Business History* (red. G. Jones en J. Zeitlin), Oxford: Oxford University Press 2008, p. 320.
5. Van den Brink wees reeds op de gevaren van de discrepantie tussen bankcultuur en bankstrategie in zijn oratie in 2003. Zie R.G.C. van den Brink, *Bankstrategie en Bankcultuur*, Amsterdam: Vossiuspers UvA.

bankcultuur niet in staat zich hieraan aan te passen. In plaats van elkaar te versterken gingen bankstrategie en bankcultuur steeds meer tegen elkaar in met als gevolg een toenemende destabilisatie van de bank. Er is dan ook een belangrijke rol weggelegd voor toezichthouders om een verdere divergentie tussen bankstrategie en bankcultuur te mitigeren. Van den Brink zet in het bijzonder uiteen wat interne toezichthouders moeten doen. Zo benadrukt hij dat interne toezichthouders, bij voorkeur via een *one-tier board*⁶, praktijkkennis in huis moeten hebben en de complexiteit van het bankvak moeten kunnen begrijpen.⁷ De uitdrukkelijke voorkeur voor een *one-tier* bestuursmodel motiveert hij met het argument dat commissarissen dan 'owners' van de strategie zijn en genoodzaakt zijn zich te verdiepen in de verschillende drijfveren binnen een bank. Bij dit alles merkt hij op dat bij een *one-tier* bestuursmodel de *checks and balances* wel verstoord kunnen raken, maar dit is niet onoverkomelijk en het is dan ook essentieel dat de niet uitvoerende bestuurders *outsiders* zijn.⁸ Verder geldt ook voor interne toezichthouders dat zij het bankvak pas echt leren door fouten te maken. Voorts merkt Van den Brink op dat de focus nu vooral ligt bij het aanpakken van de crisis uit 2008/2009 waarbij men wil voorkomen dat vergelijkbare taferelen zich in de komende twintig jaar zullen voordoen. Deze aanpak gaat echter gepaard met een sterk bijgevolg, namelijk dat banken veel te weinig risico's nemen. Ondanks de vele terechte maatregelen, moeten banken in staat blijven hun hoofdtaak te vervullen: het accommoderen van de reële economie. Bankenvullen in mindere mate deze hoofdtaak, hetgeen thans al geruime tijd zichtbaar is in de woningmarkt en bij de financiering van het MKB.⁹ Het is zaak dat toezichthouders in hun aanpak van de crisis rekening houden met de hoofdtaak van banken. Verder moeten toezichthouders die een cultuurverandering binnen banken ambiëren, tijd hiervoor uittrekken en meer mensen uit de praktijk in dienst nemen die de hoofdtaak van banken constant in hun achterhoofd houden.

3. De veranderende rol van de commissaris

De tweede spreker prof. mr. J.B. Huizink¹⁰ besprak de rol van het instituut Raad van Commissarissen (hierna: RvC) tegen de achtergrond van het huidige vennootschapsrecht. In het bijzonder wordt stilgestaan bij de taakopvatting of norminstructie van waaruit toezichthouders handelen. Daar waar externe toezichthouders een betrekkelijke heldere taakinstructie hebben, is de norminstructie van de RvC of Raad van Toezicht aanmerkelijk diffuser.¹¹ Zo houdt de RvC niet alleen toezicht maar moet de RvC ook het bestuur 'met raad ter zijde' staan en wordt de RvC geacht zijn taak uit te oefenen naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹² Vooral dit laatste punt staat centraal in de beschouwing van Huizink. De norminstructie van de RvC om te handelen naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming is gecodificeerd in 1971 bij de introductie van de structuurregeling.¹³ Thans kent de norminstructie ondanks de specifieke casus waar voornoemde norminstructie voor het eerst door de Hoge Raad is geformuleerd en het bijzondere karakter van de structuurregeling, heden ten dage een brede toepassing.¹⁴ Huizink zet vraagtekens bij een dergelijke brede toepassing van de norminstructie voor de RvC en voert hiervoor meerdere argumenten aan. Zo legt hij uit dat het arrest Doetinchemse IJzergieterij tegenwoordig niet via het ven-

nootschapsbelang maar eerder via de redelijkheid en billijkheid zou worden opgelost.¹⁵ Het huidige art. 2:140 (250) BW waarin het vennootschapsbelang staat opgenomen is om die reden niet logischerwijs een verankering van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. Voorts beoordeelt Huizink de norminstructie voor de RvC in het licht van het structuurregime. De structuurregeling is ooit bedacht voor grote open vennootschappen met aandeelhoudersvergaderingen (hierna: AVA) waarvan onduidelijk was wie erin zaten. De AVA functioneerde om die reden niet goed als monitor van het bestuur van de vennootschap. Men zocht naar een *governance* model waarin de controlerende rol van de AVA werd opgevangen door een ander orgaan, te weten de RvC. Een RvC waar werknemers en aandeelhouders invloed op kunnen uitoefenen en die namens hen het bestuur controleert (zoals ooit bedacht in de oorspronkelijke structuurregeling) is een verdedigbaar concept. Het in de wet verankerende vennootschapsbelang past goed bij een dergelijk functioneerde RvC. In de praktijk blijkt echter dat we de norminstructie voor de RvC vennootschapsbreed hebben getrokken en geldt voor alle vennootschappen. Kleinere vennootschappen, o.a. zoge-

6. Een *one-tier* bestuursmodel bestaat uit twee soorten bestuurders, namelijk uitvoerende bestuurders (*executives*) die het dagelijkse bestuur voeren en niet uitvoerende bestuurders (*non-executives*) die de hoofdlijnen van het beleid vaststellen en toezicht houden op de executives. Zie Asser-II*, *De Naamloze en Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, p. 514.
7. Met praktijkkennis wordt vooral bedoeld: *dealer room*, *risk management* en *retailbanking* ervaring.
8. *Outsiders* zijn personen van buiten de betreffende bank afkomstig maar die wel beschikken over de noodzakelijke kennis van het bankvak.
9. 'Banken scherpen kredietbeleid MKB aan', *FD*, 23 mei 2013.
10. Hoogleraar ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit / ZIFO.
11. Zie paragraaf 1.2.1.1. Wft.
12. Zie 2:140 (250) lid 2 BW.
13. De structuurregeling verplicht de vennootschap tot het instellen van een RvC. De regeling is in verschillende artikelen in boek 2 van het BW opgenomen. Zie art. 2:153 (263) lid 2 BW, art. 2:158 (268) BW, art. 2:162 (272) BW, art. 2:158 (268) lid 6 BW, art. 2:158 (268) lid 7 BW, art. 2:161a (271a) BW, art. 2:63a-j BW.
14. HR 1 april 1949, *NJ* 1949, 465. (Doetinchemse IJzergieterij). In dit arrest is een meerderheidsaandeelhouder door de RvC gepasseerd en heeft er op instigatie van diezelfde RvC een emissie plaatsgevonden met een - tot ongenoegen van de meerderheidsaandeelhouder - verwatering van aandeelhoudersrechten tot gevolg. In de procedure gestart door de meerderheidsaandeelhouder, oordeelde de HR: 'dat evenwel commissarissen, rechten uitoefenden, die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben ten rechten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welke aandeelhouder dan ook.'
15. Art. 2:8 BW. Zie verder de jurisprudentie inzake noodzaakfinanciering, o.a. HR Versatel I en II (*NJ* 2007, 610 en 612).

naamde quasi-vof BV's¹⁶, krijgen op deze manier eveneens te maken met commissarissen die niet per definitie in hun belang handelen. In het verlengde hiervan, wijst Huizink op de recente invoering van de Wet Bestuur en Toezicht die tot gevolg heeft dat de norminstructie voor RvC nu eveneens geldt voor alle besturen van alle vennootschappen.¹⁷ Een RvC en raad van bestuur die exact dezelfde norminstructie of taakopvatting hebben, lijkt de indruk te wekken dat de RvC moet gaan fungeren als een soort 'superbestuur', hetgeen niet door de wetgever is beoogd. Bij niet-structuurvennootschappen moet de RvC volgens Huizink een duidelijke taakopvatting krijgen waarin de RvC als klankbord meer betrokken wordt bij bestuursbesluiten en ook op punten verantwoordelijkheid voor het beleid gaat delen. Hij verwijst in dit verband in het bijzonder naar het functioneren van de RvC binnen de non-profit sector. Verder moet er een onderscheid gemaakt worden naar (achterban en) type vennootschap die een RvC instelt. Die vennootschappen die een goed functionerende AVA kennen, moeten een vrijheid van inrichting krijgen. Bij de overige (open) vennootschappen, die wel met een mogelijke aandeelhouders impasse te maken kunnen krijgen (vennootschappen met enkele grote aandeelhouders) moeten wel kunnen blijven steunen op een namens het vennootschapsbelang handelende RvC. Tot slot ziet Huizink dat de diffuse taakopvatting van de RvC ook tot problemen leidt in de financiële sector. Zo kunnen financiële instellingen, met slechts één aandeelhouder, eveneens te maken krijgen met een RvC die wellicht niet altijd in het belang van deze aandeelhouder handelt. Verder leidt de diffuse taakopvatting van de RvC ook tot problemen voor commissarissen van banken waarvan alle aandelen door de Staat worden gehouden. Bij dergelijke banken houdt de RvC toezicht op het bestuur namens de Staat als aandeelhouder, met wellicht als positief bijgevolg voor het bestuur dat deze in mindere mate direct met een *controleerende* Staat te maken heeft.

4. Functie en positie van de accountant

De derde spreker prof. mr. J.B.S. Hijink¹⁸ sprak over de rol en functie van de (controleerende) accountant in het huidige financiële bestel. De accountant wordt niet als aanjager van de financiële crisis gezien, maar is wel een belangrijke *gatekeeper*. De hoeveelheid regelgeving voor accountantsorganisaties is als gevolg van de boekhoudschandalen uit begin deze eeuw en de huidige krediet crisis enorm toegenomen. EU regelgeving tracht momenteel meer invloed uit te oefenen op het beroep accountant.¹⁹ Ook nationale voorstellen hebben geleid tot wetgeving, te weten de Wet Toezicht Accountantsorganisaties (hierna: Wta)²⁰ en de Wet op het Accountantsberoep (hierna: Wab).²¹ Hijink benadert de vraag over de rol en positie van de controleerende accountant in eerste instantie vanuit een rechtseconomisch (theoretisch) perspectief. Deze benadering legt uit dat de accountant functioneert als een agent namens de kapitaalverschaffer. De kapitaalverschaffer ofwel de controle cliënt verschaft de opdracht aan de accountant en betaalt de kosten hiervan. Uit de rechtspraak en wetgeving vloeit voort dat de accountant – door het waarborgen van de gezonde conditie van vennootschappen – eveneens de taak heeft het dienen van het maatschappelijk belang. In de praktijk blijkt dat accountantsorganisaties vaak een nauwe band hebben met het bestuur van de vennootschappen die zij controleren. Kapitaalverschaffers hebben niet goed zicht op de kwaliteit van de

verrichte controles en neigen daarom vaak te kiezen voor grote bekende accountantsorganisaties.²² Dit heeft tot gevolg dat er een ware toetredingsbarrière heerst op de markt van accountants. Deze barrière werkt omgedraaid zo dat controle cliënten niet zonder degelijke verantwoording een ander kantoor kunnen kiezen zonder de aandacht van allerlei beleggingsorganisaties te trekken. De wetgever heeft zich als taak toegemeten deze barrière te doorbreken. Hierbij moet gedacht worden aan maatregelen zoals:

- Een grotere rol voor de RvC of *audit* commissie bij de aanstelling en benoeming van accountants.
- Het vergroten van de afstand tussen accountants en de raad van bestuur van de controle cliënt.
- In de Wab is een amendement opgenomen met een verplichte scheiding tussen advisering en controle-diensten. Dit moet de institutionele onafhankelijkheid van accountantsorganisaties doen toenemen.²³
- Een roulatieplicht verplicht accountantsorganisaties na acht jaar te rouleren en ruimte te geven voor een andere accountantsorganisatie die de controle overneemt. De roulatieplicht is opgenomen om de potentiële verwevenheid tussen de controle cliënten accountantsorganisatie te dwarsbomen.²⁴

Bovenstaande maatregelen strekken ertoe de onafhankelijkheid van de accountant te waarborgen. Hijink onderschrijft deze onafhankelijkheid, echter is wel de vraag of deze onafhankelijkheid het doel is of slechts een middel om betere en kritische accountants te krijgen. Het laatste lijkt de voorkeur te krijgen. Ten aanzien van de verplichte roulatie legt Hijink uit dat relatief veel fouten door accountants gemaakt worden in de eerste jaren van de controle. De accountants moeten dan nog de business leren kennen en de zwaktes in de interne controle blootstellen. Met de huidige regelgeving lijkt

16. De term quasi-vof BV werd reeds in een vroeg stadium gebezigd door M.J.G.C. Raaijmakers. Zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'Besloten vennootschappen: quasi-NV of quasi-vof?', *Ars Aequi* (1994), p. 340-348.

17. Zie art. 2:129 lid 5 BW.

18. Hoogleraar jaarrekeningenrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, tevens werkzaam als advocaat te Amsterdam.

19. Zie Europese Commissie, *Groenboek – Beleid inzake controle van financiële overzichten: lessen uit de crisis*, Brussel, 13.10.2010, COM(2010) 561 definitief; Zie ook Europese Raad, *Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en relevante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen (Richtlijn jaarrekeningen)*, Brussel, 12 april 2013 (19.04), 2011/0308 (COD).

20. Wet Toezicht Accountantsorganisaties, (*Stb.* 2009-607). De wet is in werking getreden met ingang van 1 oktober 2006.

21. Wet op het Accountantsberoep, (*Stb.* 2012-680). De wet is in werking getreden met ingang van 1 januari 2013.

22. De *Big Four* accountantskantoren in Nederland zijn PricewaterhouseCoopers, KPMG, Ernst & Young en Deloitte.

23. Naar aanleiding van een amendement op de Wab, is aan de Wta art. 24b toegevoegd dat het verbod omvat. Dit verbod is sedert 1 januari 2013 van kracht en kent een overgangstermijn van twee jaren.

24. Art. 23 Wta. Vooralsnog zal de verplichte roulatie op 1 januari 2016 in werking treden.

het risico op meer fouten op de koop toe te worden genomen door de introductie van de verplichte kantoorroulatie. Voorts lijkt door de wetgever momenteel minder aandacht te worden besteed aan enerzijds de werkelijke toegevoegde waarde van een accountantscontrole en anderzijds het vergroten van de financiële onafhankelijkheid van accountants. Wat betreft het eerste punt is het vaak nog te onduidelijk hoe de accountant controleert. Welke methodologie, aannames en foutmarges worden er gebruikt? EU regelgeving tracht de wijze van controle steeds meer inzichtelijk te maken door ondermeer accountants te verplichten verantwoording af te leggen aan *audit commissies* / RvC of financiële toezichthouders. In dit kader speelt eveneens de vraag in hoeverre accountants een eigen visie over de continuïteit van de controle cliënt openbaar moeten maken. Dit leidt namelijk tot meer transparantie maar creëert mogelijk ook meer aansprakelijkheid aan de kant van de accountant. Wat betreft het tweede punt, probeert de wetgever middels de verplichte scheiding tussen advisering en controlediensten de financiële onafhankelijkheid van de accountant te waarborgen. In de praktijk ziet men regelmatig situaties waarin één dezelfde accountantsorganisatie adviseert en controleert bij één en dezelfde controle cliënt. Het advies vindt dan plaats tegen hoge vergoedingen. De verplichte roulatie kan volgens Hijink ook nadelen met zich meebrengen. Zo kan een verplichte roulatie problematisch zijn in die sectoren, waaronder de financiële sector, waarin er slechts enkele grote accountantsorganisaties actief zijn. Daarbij wijst hij op het risico dat grote accountantsorganisaties mogelijk minder zullen gaan investeren in specifieke kennis als gevolg van de roulatieplicht.

Paneldiscussie

In de paneldiscussie is verder ingegaan op de keuze voor een *one-tier* bestuursmodel bij financiële instellingen. Huijink uitte een voorkeur voor het *one-tier* model mede omdat de omvang van de toezichtactiviteiten van de externe (financiële) toezichthouder continue groeit. De rol die de RvC in het dualistische (*two-tier*) bestuursmodel heeft, wordt dan in zekere mate overgenomen door de externe financiële toezichthouder zoals de AFM of DNB. In dit verband is gesproken over de mogelijkheid om de stabiliteit van de financiële sector als deelbelang van het vennootschapsbelang te beschouwen, waarmee het binnen de taakopvatting van de RvC komt. Voorts onderschrijft Van den Brink de noodzaak van een waarborging van de stabiliteit van de financiële sector, maar hij wijst wel op een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de externe toezichthouder en de top van financiële instellingen. Traditioneel speelt de RvC hier geen rol in, echter zouden zij zich wel veel meer moeten gaan buigen over de *risk appetite* van de financiële instellingen. Verder is nader gesproken over de rol van de accountant. Hijink herhaalt het belang van meer inzicht in de werkzaamheden van accountants. Dit kunnen zij doen door uitleg te geven over ondermeer welke steekproeven zijn gehouden, welke aannames zij hebben gebruikt en hoe de controle beter kon worden verricht. Niet aanbevelingswaardig is een uitgebreide verklaring van de accountant over de levensvatbaarheid van de onderneming.

5. De toezichthouders in de bankenunie

De vierde spreker mw. mr. C.W.M. Lieveuse²⁵ nam de aftrap voor het tweede gedeelte van het jaarcongres waarin vooral de rol van de externe toezichthouder centraal stond. Zij kwam te spreken over de ontwikkelingen rondom de tot-

standkoming van de bankenunie. Met de bankenunie wordt een *Single Supervisory Mechanism* (hierna: SSM) geïntroduceerd waarin verschillende (nationale en Europese) toezichthouders naast of complementair aan elkaar toezicht zullen houden.²⁶ De focus in de uiteenzetting van Lieveuse was op de eerste pijler van het Commissievoorstel inzake de bankenunie, te weten de overheveling van nationaal banktoezicht naar de ECB.²⁷ De onderhandelingen over de totstandkoming van een bankunie in de EU hebben geresulteerd in twee concept verordeningen, te weten de ECB verordening (Verordening) en een andere verordening inzake de aanpassing van de taken van de *European Banking Authority* (hierna: EBA).²⁸ De Verordening betreft de toekenning van enkele specifieke prudentiële toezichttaken aan de ECB. Het is de bedoeling dat de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) als een spin in het web gaat opereren. Het doel van centraal banktoezicht is om verstrengelingen of negatieve wisselwerkingen tussen lidstaten en banken in die lidstaten te doorbreken. Een voorbeeld hiervan is de denkbare verleiding bij lidstaten om ingrijpen bij een nationale bank achterwege laten omdat de kosten hiervoor volledig voor eigen rekening komen. Het scheppen van centraal banktoezicht gaat gepaard met vragen over takenafbakening en samenwerking. Lieveuse neemt enkele van deze vragen onder de loep. Om te beginnen zal de ECB de volgende toezichttaken erbij krijgen:²⁹

- De vergunningverlening en het intrekken van vergunningen bij banken; ook verlenen van verklaringen van geen bezwaar bij acquisities;
- Het toezicht op het openen van bijkantoren of grensoverschrijdende dienstverlening vanuit de deelnemende Euro-landen in lidstaten die niet mee doen met de bankenunie;
- De vvgb-verlening;
- Het toezicht op eigen vermogensseisen, grote posities, liquiditeit, hefboomfinanciering en transparantie;

25. Advocaat te Amsterdam, tevens als onderzoeker verbonden aan het ZIFO.

26. Zie art. 5 van het *Voorstel voor een Verordening van de Raad waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid op het gebied van het prudentieel toezicht op kredietinstellingen*, COM(2012), 511 final, 12 september 2012.

27. De andere pijlers voor de bankenunie zijn respectievelijk harmonisering van *resolution schemes*, een Europees depositogarantiestelsel en de totstandkoming van een *single rule book*. Zie *Mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement en de Raad – Een routekaart naar een bankenunie*, COM (2012) 510 final, 12 september 2012.

28. Voor meer over de bevoegdheden van de EBA, zie *Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit) wat de interactie daarvan betreft met Verordening (EU) nr. .../... van de Raad waarbij aan de ECB specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid op het gebied van het prudentieel toezicht op kredietinstellingen*, COM (2012), 512, 12 september 2012.

29. Zie art. 4 lid 1 ECB Verordening. De opsomming in dit verslag is ontleend aan het nog te verschijnen hoofdstuk van Lieveuse in de ZIFO congresbundel.

- Governance systemen, waaronder de kwaliteit van bestuurders, risico management, interne controle, beloningen, *internal capital adequacy assessment procedures*;
- Supervisory reviews, inclusief stress testen;
- Geconsolideerd toezicht;
- Het aanvullend toezicht op financiële conglomeraten;
- Toezichtstaken in het kader van *recovery plans* en *early intervention*.

Centraal banktoezicht betekent echter niet dat de ECB de enige toezichthouder zal zijn. In het SSM gaat de ECB direct supervisie uitvoeren over zogenaamde ‘significantebanken’ (ongeveer 150-200 banken met 80% van de bankactiva), terwijl alle resterende banken uit de Europese lidstaten, die minder significant zijn, voornamelijk onder nationaal toezicht blijven staan. Het is voorstelbaar dat dit systeem niet direct tot een vermindering of vereenvoudiging van het toezicht leiden. Integendeel, door de beperkte specificiteit van de Verordening zullen aanvankelijk veel vragen over de afbakening van deze taken ontstaan. Een ander probleem is dat de taken van de ECB, die vooralsnog erg algemeen geformuleerd zijn, per geval vertaald moeten worden naar concrete nationale voorschriften. Dit is, mede gezien de verschillen in toezicht tussen lidstaten, geen eenvoudige klus. Voorts moet de ECB in de bankenunie ook nog rekening houden met andere speciaal opgerichte entiteiten met een toezichtrol. Zo wordt een *Resolution Authority* opgericht om in te grijpen bij banken in moeilijkheden. Verder moet rekening worden gehouden met de EBA die in 2011 is opgericht met een toezichthoudende rol in alle Europese lidstaten, terwijl de ECB slechts toezicht houdt in 17 (euro-)lidstaten. In de tekst van de Verordening lijkt te zijn voorzien in een soort rangorde tussen beide entiteiten die beschikken over regelgevende bevoegdheden. Het risico van overlap en conflicterende regels lijkt imminent. Ten slotte krijgt de ECB te maken met de per 1 januari 2011 opgerichte *European Systemic Risk Board* (ESRB). Deze heeft als taak waarschuwingen te geven bij systeemrisico’s. In de praktijk is het de vraag in hoeverre dit de facto verschilt van het optreden van de ECB bij macro-prudentiële risico’s. Naast genoemde complicaties doet zich volgens Lieverse nog een andere meer fundamentele vraag voor, te weten: welke vrijheid zal de nationale toezichthouder nog hebben voor de onderwerpen die formeel zijn toebedeeld aan de ECB maar materieel door de ECB aan de nationale toezichthouder worden overgelaten. Anders geformuleerd, in hoeverre kan de ECB überhaupt besluitvorming overlaten aan een nationale toezichthouder? Vooralsnog wordt een dergelijke externe delegatie van (Europese) beleidsvrijheid niet toegestaan door het Europese Hof van Justitie.³⁰ Kortom de behoefte aan meer duidelijkheid over het functioneren van de bankenunie is groot, desondanks is het thans de bedoeling dat het systeem vanaf medio 2014 operationeel zal worden.

6. Principle based, rule based en risk based toezicht

De vijfde spreker ir. Th. F. Kockelkoren³¹ bracht het verschijnsel van risicoaversie bij toezichthouders onder de aandacht. Toezichthouders kunnen geneigd zijn te voorzichtig te handelen, ofwel risicomijdend, met als gevolg dat de effectiviteit van het toezicht in het geding komt. Toezichthouders moeten een goed gevoel hebben voor de risico’s die

zich voor kunnen doen op financiële markten. Soms komt het voor dat een toezichthouder te intensief ingrijpt, ofwel teveel risico neemt, of soms juist te weinig risico neemt. In het laatste geval is de toezichthouder risicomijdend. Teveel of te weinig ingrijpen kan leiden tot beschadiging van de reputatie van klanten en de markt. Het is daarom noodzakelijk dat toezichthouders zorgvuldig handelen. Het handelen van toezichthouders wordt dan ook regelmatig door de rechter getoetst. Wat vrijwel niet wordt getoetst door de rechter zijn die gevallen waarin een toezichthouder te weinig risico’s heeft genomen. Daar komt nog eens bij dat de frequente toetsing door rechters ertoe kan leiden dat toezichthouders nog meer risicovermijdend gaan handelen.³² Het verschijnsel risicoaversie bij toezichthouders kan het best worden geïllustreerd door naar de praktijk te kijken. De richting en mate van risicoaversie bij een toezichthouder wordt grotendeels bepaald door de kritische geluiden die aanwezig zijn op een financiële markt. Zo uiten financiële instellingen en consumentenorganisaties regelmatig kritiek op toezichthouders. De vraag is hoe een risicomijdende toezichthouder omgaat met dergelijke kritiek en nog belangrijker: of het toezicht als effectief is aan te merken. Ter illustratie, indien een consumentenorganisatie ontevreden is over de aanwezigheid of alertheid van de toezichthouder, dan zal een risicomijdende toezichthouder trachten het beperkt optreden te rechtvaardigen. Een risicomijdende toezichthouder kan in zo’n geval op twee manieren met de situatie omgaan, namelijk (1) geen positie innemen (een verminderde openheid van zaken geven) om nog meer risico’s te vermijden, of (2) lettergedreven toezicht houden. In het tweede geval zal een risicomijdende toezichthouder de risicoaversie proberen te rechtvaardigen door te verwijzen naar de letter van de wet. Een ander voorbeeld, kritiek vanuit financiële instellingen kan eveneens leiden tot risicovermijding en lettergedrevenheid bij toezichthouders. De risicovermijding hier ontstaat vanuit een angst bij de toezichthouder om bijvoorbeeld teveel eisen te stellen aan de markt en om daarmee te onvoorspelbaar te worden. Lettergedrevenheid vormt hier een reactie op het algemene risico om door de rechter te worden teruggedroten. In theorie zal lettergedrevenheid een natuurlijke reactie zijn van de risicomijdende toezichthouder. De vraag is of een dergelijke lettergedrevenheid wenselijk is? Aan de ene kant zijn er financiële instellingen die graag een toezichthouder zien die een taalkundige uitleg aan de wet geeft. Aan de andere kant zijn er ook instellingen die bij open normen graag meer uitleg ontvangen van de toezichthouder. Een lettergedreven toezichthouder zal niet veel uitleg geven anders dan wat al in de wet staat en derhalve minder snel doelgericht

30. Zie HvJ EG 13 juni 1958, nr. 9/56, *Jur.* 1958, 11, *Meroni I* en HvJ EG 13 juni 1958, nr. 10/56, *Jur.* 1958, 55, *Meroni II*. In de *Meroni*-uitspraken stelde het Europese Hof van Justitie beperkingen aan de delegatie van ruime discretionaire bevoegdheden aan andere organen dan de Europese Commissie.

31. Sinds april 2002 werkzaam bij de AFM, sedert 2008 lid van het bestuur van de AFM verantwoordelijk voor de portefeuille toezicht op de financiële dienstverlening aan consumenten.

32. Zie J. Viñals & J. Fiechter (et al), ‘The Making of Good Supervision: Learning to Say ‘No’’, IMF SPN 10/08, 18 mei 2010, beschikbaar via <http://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1008.pdf>.

uitleggen. Dit heeft tot gevolg dat de toezichthouder minder effectief (en vaak te laat) risico's kan signaleren en weg nemen. Hiermee hangt wel samen dat minder lettergedrevenheid kan leiden tot meer rechterlijke interventies, hetgeen overigens op zijn beurt weer geneutraliseerd wordt door een toezichthouder met een beter oog voor de business van financiële instellingen. De toenemende complexiteit op financiële markten pleit volgens Kockelkoren niet voor een lettergedreven toezichthouder. Lettergedreven toezichthouders zullen minder houvast hebben bij complexe regelgeving en op momenten nalaten handhavend op te treden, met als gevolg een mogelijke aantasting van het gezag van de toezichthouders. De AFM probeert risicoaversie en lettergedrevenheid zoveel mogelijk te beperken door te handelen vanuit haar (in de Wft verankerde) doelstelling.³³ Zo hanteert de AFM een toezichtcultuur met een doelgerichte focus op enkele thema's en waarin de effecten van het toezicht zoveel mogelijk zichtbaar worden gemaakt. De toezichtcultuur van de AFM past dan ook goed bij de vele open normen die bestaan in het financieel toezichtrecht.

7. De cultuurverandering binnen DNB

De laatste spreker mw. mr. A.J. Kellermann³⁴ besprak de initiatieven om de cultuur binnen DNB te veranderen. Cultuur en gedrag vormen de basis en zijn beeldbepalend voor zowel financiële instellingen als toezichthouders. Met behulp van de nieuwe werkwijze *FOCUS!* probeert DNB beter samen te werken, explicietere keuzes te maken en meer te sturen op effect.³⁵ De aanleiding voor de cultuurverandering bij DNB is zonder meer de voortdurende financiële crisis. De crisis heeft aangetoond dat regelgeving heeft gefaald het risicogedrag van financiële actoren in te dammen. Om die reden legt DNB de focus nu meer op concrete cultuur en gedragsbeïnvloeding via regelgeving. Bij toezicht staat de letter van de wet niet meer centraal. De geest van de wet en de cultuur waarin een regel wordt geplaatst bepalen thans in grotere mate de wijze van toezicht. De werkwijze *FOCUS!* is voor een belangrijk deel gebaseerd op de lessen die getrokken zijn uit de financiële crisis. De *Financial Stability Board* (FSB) heeft in haar rapport aan de G20 drie criteria voor goed toezicht geformuleerd, te weten effectief, proactief en vooruitblikkend toezicht.³⁶ Met effectief toezicht wordt gedragsbeïnvloeding bedoeld. Proactief toezicht komt neer op het voor zijn van problemen. Vooruitblikkend toezicht omvat een aanpak van belangrijke voorspelers van problemen, zoals falende bedrijfsmodellen, strategieën, en het gedrag en cultuur binnen financiële instellingen. De nieuwe aanpak van DNB is meer resultaatgericht en heeft meer aandacht voor kwalitatieve en strategische elementen van toezicht. Evenals de AFM tracht DNB een abstracte cultuurverandering concreet te maken met behulp van een thematische aanpak van fundamentele risico's. De *FOCUS!* methodologie helpt bij het in kaart brengen van de belangrijkste risico's, variërend van macro tot micro niveau. Er wordt gefocust op kernoorzaken in plaats van enkel op de symptomen. De thematische aanpak is eveneens een krachtig instrument voor het *benchmarken* van financiële instellingen. Financiële instellingen worden geconfronteerd met de prestaties van *peers* en worden op deze manier gemotiveerd om te veranderen. Kellermann acht cultuurverandering niet een doel op zich maar een middel. Cultuurverandering moet plaatsvinden naast versterkte regelgeving. De focus is tot slot veranderd van *compliance*-gericht naar ri-

sico-gericht en met behulp van een thematische aanpak kan daadkrachtiger en effectiever toezicht worden gehouden.

Paneldiscussie

In de tweede paneldiscussie stelt Kellermann dat DNB ondanks de ontwikkelingen rondom de bankenunie haar *FOCUS!* methodologie voortzet. De verschillende toezichtmethodieken van de nationale toezichthouders worden op den duur, voor zover mogelijk, onderdeel van de *single rule book*. Deze harmonisatie laat vermoedelijk nog lange tijd op zich wachten. Ten aanzien van de bankenunie bestaat de angst dat de afstand tussen toezichthouders en financiële instellingen nog groter zal worden. De inzet van *joint supervisory teams*, bestaande uit nationale en ECB toezichthouders, moet dit risico zoveel mogelijk beperken. Lieverse voegt hier aan toe dat het aantal toezichthouders in de bankenunie veel groter zal zijn dan nu, en het zal nog even duren eer we de pluspunten van het centrale banktoezicht merken. Kockelkoren onderschrijft het gevaar van lettergedrevenheid. Toezichthouders zouden uitleg moeten geven over een regel in de vorm van een leidraad. Deze leidraad moet vervolgens fungeren als een soort *safe haven* maar het moet een alternatieve aanpak van instellingen mogelijk laten. De AFM kan een alternatieve aanpak onder omstandigheden goedkeuren.

8. Slot

Tijdens het jaarcongres zijn diverse aspecten inzake de veranderende rol van de toezichthouders in de financiële sector belicht. Onder meer is gesproken over het instellen van een *one-tier* bestuursmodel bij alle financiële instellingen. De expertise en daadkracht van toezichthouders moet daarnaast verbeterd worden en er moet meer inzicht komen in de toegevoegde waarde van commissarissen en accountants. Ondanks de ontwikkelingen rondom de bankenunie moeten nationale toezichthouders hun thematische aanpak van risico's voortzetten. Om de effectiviteit van toezicht nog meer te verbeteren moeten toezichthouders doelgericht toezicht houden en risicoaversie zoveel mogelijk vermijden.

33. Art. 1:25 Wft.

34. Sinds november 2007 directielid van DNB, verantwoordelijk voor het toezicht op pensioenfondsen en verzekeraars en toezicht expertise centra.

35. Zie <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2012/dnb271615.jsp>.

36. Zie http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_121031ab.pdf.